Aufsätze / Articles

Seite / page

Daniel de Vries Reilingh:
Les conséquences fiscales en cas de séparation et de divorce: mode d'emploi pour le praticien 267

Nicolas Saviaux:
Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial 289

Peter Krepper:
Tierwürde im Recht – am Beispiel von Tierversuchen 303

Christian Drechsler:
Personalverleih: unscharfe Grenzen 314

Reto Sutter:
Besteht eine Darlegungspflicht des angegriffenen Frachtführers beim Verschuldensnachweis? 325

Chronik der Rechtsetzung / Législation

Daniel Füllemann, St. Gallen 333

Rechtsprechungsübersicht / Répertoire de jurisprudence

Rebekka Keller, St. Gallen 342

Alfred Koller:
Dienstbarkeiten als Gegenstand von Nachbarstreitigkeiten 353

Daniel Rietiker:
Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2009 358

Entscheidungen / Jurisprudence

(1) Mit Bemerkungen von Lorenz Fivian:
Berufliche Vorsorge; materielle und zeitliche Leistungskoordination: Anrechnung der Taggelder aus der Krankentaggeldversicherung nach VVG, Aufschub der BVG-Invalidenleistungen; Rückwärtsversicherungsverbot.
Bundesgericht, I. öffentlichrechtliche Abteilung. Urteil vom 24. August 2009 i. S. *T. c/Mutuelle Valaisanne de prévoyance,* Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Waadt (9C_1026/2008). 376

(2) Mit Bemerkungen von Iole Fargnoli:
Das Anwaltsgeheimnis nach dem Tode des Klienten.
Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 15. September 2009 (4A_15/2009). 380

(3) Mit Bemerkungen von Andreas Bucher:
Entführung eines 10-jährigen Mädchens durch die Mutter von New York nach der Schweiz. Schwierige Lebensverhältnisse beim Vater. Rückführung auch ohne Aufenthaltsgarantie für die Mutter in den USA. Kindeswille unbeachtlich. BG-KKE unbeachtet.
Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. Januar 2010 in Sachen *Z. c. X.* (5A_764/2009 und 5A_778/2009). 385

Literaturübersicht / Bibliographie

Rebekka Keller, St. Gallen 399

Mitteilungen / Communications

Veranstaltungskalender / Calendrier des manifestations	404
Impressum	407
Autorenverzeichnis / Adresse des auteurs	408
Vorschau AJP / Aperçu PJA 4/2010	408

Impressum

Schriftleitung / Direction:
Prof. Dr. Ivo Schwander, Bodanstrasse 4, 9000 St. Gallen
Tel. 071 224 22 42, Fax 071 224 28 70,
E-Mail: ivo.schwander@unisg.ch

Verlag und Abonnementverwaltung / Edition et administration:
Dike Zeitschriften AG, Zürich/St. Gallen
Postadresse: Weinbergstr. 41, 8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29
E-Mail: auslieferung@dike.ch, Internet: http://www.dike.ch

Inseratenverwaltung / Annonces:
Dike Zeitschriften AG, Zürich/St. Gallen
Postadresse: Weinbergstr. 41, 8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, Fax 044 251 58 29
E-Mail: auslieferung@dike.ch, Internet: http://www.dike.ch

Erscheint monatlich / Paraît chaque mois

Abonnementspreis:
Fr. 352.–/Jahr, inkl. Mehrwertsteuer;
- für Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) Fr. 228.–/Jahr, inkl. Mehrwertsteuer.
- Preis für Einzelnummer Fr. 39.– (Sondernummer Fr. 55.–), inkl. Mehrwertsteuer.
- Für Abonnemente ins Ausland erfolgt zusätzliche Rechnungstellung für die effektiven Portikosten.
- Bestellungen sind ausschliesslich direkt an den Verlag (Abonnementverwaltung) zu richten.
- Die Bezugsgebühren von Zeitschriften des Verlages werden zu Beginn eines jeden Jahres in voller Höhe für das laufende Kalenderjahr berechnet.

Prix de l'abonnement:
Frs. 352.–/année, TVA incluse;
- pour les étudiants (prière de joindre une copie de la carte de légitimation) frs. 228.–/année, TVA incluse.
- Prix à la vente au numéro frs. 39.– (numéro spécial frs. 55.–), TVA incluse.
- Pour les abonnements à l'étranger, les frais de port effectifs s'ajoutent à ces montants.
- Les commandes doivent être exclusivement adressées à l'éditeur (Service des abonnements).

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période.
Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Das Recht zum Nachdruck, zur Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift steht ausschliesslich der Dike Zeitschriften AG zu.

ISSN 1660-3362.

Les droits de réimpression, de reproduction, de mise sur microfilm, d'enregistrement sur un support électronique de données et d'exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue appartiennent exclusivement à Dike Zeitschriften SA. ISSN 1660-3362.

AJP 03_2010.indb 266 8.3.2010 8:20:07 Uhr

AJP/PJA 3/2010

Les conséquences fiscales en cas de séparation et de divorce: mode d'emploi pour le praticien

Daniel de Vries Reilingh
Avocat, LL.M., Expert fiscal diplômé, Chargé de cours à l'Université de Lausanne

Plan

1. Introduction
2. Le principe de la taxation commune des conjoints (ou partenaires enregistrés)
   2.1. Début et fin de la taxation commune
   2.2. Digression: domicile séparé des conjoints
   2.3. Exception: en cas d'imposition à la source
3. Le revenu et la fortune des enfants
   3.1. En matière d'impôt fédéral direct
      3.1.1. Situation actuelle
      3.1.2. La nouvelle loi fédérale sur le dégrèvement des familles avec enfants
   3.2. En droit cantonal, communal et paroissial
      3.2.1. Le droit bernois
      3.2.2. Le droit neuchâtelois
      3.2.3. Le droit vaudois
      3.2.4. Le droit jurassien
      3.2.5. Le droit genevois
      3.2.6. Le droit valaisan
      3.2.7. Le droit fribourgeois
4. La répartition des acomptes et des impôts payés pendant la vie commune
   4.1. En droit bernois
   4.2. En droit neuchâtelois
   4.3. En droit vaudois
   4.4. En droit jurassien
   4.5. En droit genevois
   4.6. En droit valaisan
   4.7. En droit fribourgeois
5. La responsabilité pour le paiement des impôts dus pour la période de vie commune
   5.1. En matière d'impôt fédéral direct
      5.1.1. La responsabilité entre conjoints
      5.1.2. La responsabilité des enfants pour leur part à l'impôt des parents
      5.1.3. La responsabilité des parents pour la part à l'impôt des parents de l'enfant
   5.2. En droit cantonal, communal et paroissial
      5.2.1. LHID
      5.2.2. Le droit bernois
      5.2.3. Le droit jurassien
      5.2.4. Le droit neuchâtelois
      5.2.5. Le droit vaudois
      5.2.6. Le droit genevois
      5.2.7. Le droit fribourgeois
      5.2.8. Le droit valaisan
6. La déductibilité des contributions d'entretien auprès du débirentier et son imposition auprès du crédirentier – la non-déductibilité et la non-imposition des versements en capital
   6.1. Déductibilité des pensions
   6.2. Impositions des pensions
   6.3. Différentes formes de contributions d'entretien
      6.3.1. Paiements indirects ou en nature
      6.3.2. Paiements de montants variables
      6.3.3. Versements en capital
   6.4. Moment de la déduction et de l'imposition de la pension, en particulier en cas d'arriérés
7. Les déductions sociales et pour enfants et le barème applicable aux familles monoparentales
   7.1. En droit fédéral (impôt fédéral direct): le principe
      7.1.1. Situation actuelle
      7.1.2. La nouvelle loi fédérale sur le dégrèvement des familles avec enfants
   7.2. L'attribution des déductions pour enfant et pour assurance et l'attribution du barème réduit en matière d'impôt fédéral direct
      7.2.1. L'enfant mineur
      7.2.2. L'enfant majeur en apprentissage ou aux études
   7.3. En droit cantonal
      7.3.1. En général
      7.3.2. En particulier le barème applicable
8. Le montant et la répartition de la charge fiscale durant l'année de la séparation
9. La liquidation du régime matrimonial
   9.1. Les principes
   9.2. Prévoyance professionnelle (2ème pilier) et prévoyance individuelle liée (3ème pilier A)
      9.2.1. Prévoyance professionnelle (2ème pilier)
      9.2.2. Prévoyance individuelle liée (3ème pilier A)
10. Le transfert d'immeubles entre conjoints
   10.1. Impôt sur les gains immobiliers
   10.2. Droits de mutation

1. Introduction

La séparation et le divorce occupent quotidiennement nombre de justiciables, d'administrations, d'avocats et de tribunaux. Les conséquences fiscales passent fréquemment au second plan, si bien que leurs effets surprennent souvent les premiers intéressés. Basée sur un séminaire organisé le 1er octobre 2009 par le Centre de droit commercial, fiscal et de l'innovation (CCFI) de l'Université de Neuchâtel, la présente contribution a pour but d'offrir un tableau à la fois pratique et synthétique des aspects fiscaux qu'il faut prendre en

Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial

Nicolas Saviaux
Docteur en droit, avocat,
Lausanne

Plan

1. Introduction
2. Rappels sur la notion de bail de durée déterminée
3. Rappels sur la contestation du loyer initial
4. Liberté contractuelle
5. Abus de droit
6. Article 19 alinéa 2 CO
7. Vices du consentement
8. Lésion
9. Contrats en chaîne
10. Article 325[bis] du Code pénal
11. Conclusion

1. Introduction

Au printemps 2009, la presse écrite a fait état de l'innovation de certaines régies immobilières en Suisse romande consistant à recourir au bail de durée déterminée à court terme (trois, six ou douze mois) pour lutter contre les contestations du loyer initial, phénomène en augmentation ces dernières années vu la pénurie de logements sur le marché locatif[1].

Ces régies escomptent qu'avec ce type de baux à loyer les locataires hésiteront à contester le loyer initial dans les trente jours dès la réception de la chose louée, soit par défaut d'intérêt à le faire pour une période aussi courte, soit par crainte que, s'ils agissent dans ce sens, le bailleur refusera de leur accorder une prolongation de bail ou de discuter de la reconduction du bail à son échéance.

D'aucuns s'interrogent sur la pertinence et la licéité de ce mode de pratiquer, de sorte qu'il était utile de se pencher sur celui-ci, étant précisé qu'à notre connaissance il n'y a pas encore de jurisprudence l'ayant abordé. Dans un premier temps, nous rappellerons brièvement quelques notions sur le bail de durée déterminée[2], puis nous tenterons d'analyser les éléments et arguments plaidant en faveur ou contre la licéité de cette nouvelle pratique.

2. Rappels sur la notion de bail de durée déterminée

De manière générale, un contrat est de durée déterminée, lorsque celle-ci a été fixée expressément ou tacitement par les parties en jours, mois ou années, par référence à une certaine date ou à un événement futur dont la survenance est certaine ou lorsqu'elle résulte du but pour lequel le contrat a été conclu[3]. Le bail est de durée déterminée, lorsqu'il prend fin à l'expiration de la durée convenue, sans qu'un congé ne soit nécessaire (art. 255 al. 2 et 266 CO). Dans tous ces cas de figure, la durée ou le terme convenus ont été précisés. Ils sont certains quant à la survenance et à la date[4].

La durée du bail peut aussi dépendre de la survenance d'un *terme incertain*[5]. L'exemple par excellence est le bail

Texte intégral de la conférence présentée lors du séminaire juridique organisé le 15 septembre 2009 par la Chambre Genevoise Immobilière, ainsi que lors du séminaire d'automne des professionnels de l'immobilier 2009 organisé le 25 novembre 2009 par la Chambre Vaudoise Immobilière.

1 Voir notamment l'article *«Le bail à court terme, l'arme des régies»,* paru dans 24 Heures du 23 avril 2009.

2 Pour plus de détails, nous nous permettons de renvoyer le lecteur, notamment, à Nicolas Saviaux, Le bail de durée déterminée, CdB 2/06, p. 33 ss.

3 Ivan Cherpillod, La fin des contrats de durée, CEDIDAC n. 10, Lausanne 1988, p. 29–30. Cette définition vaut pour tous les types de contrats de durée déterminée. On la retrouve par exemple pour le contrat de travail (Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4ème éd., Zurich 2009, n. 3633, p. 541).

4 *Certus an et certus quando* (voir notamment Tercier/Favre [n. 3], n. 2335, p. 339; Peter Gauch/Walther R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vol. II, 7ème éd., Zurich 1998, n. 4165 ss, p. 414–415).

5 *Certus an incertus quando* (voir notamment Tercier/Favre [n. 3], n. 2335, p. 339; Gauch/Schluep/Schmid/Rey [n. 4], n. 4165 ss, p. 414–415).

Tierwürde im Recht – am Beispiel von Tierversuchen

Peter Krepper
Dr. iur., Rechtsanwalt und Mediator SAV/SDM, Zürich

Inhaltsübersicht

A. Zusammenfassung
B. Zur Tierwürde im Recht: Einleitung
I. Eingang der Tierwürde ins Recht
II. Biomedizinpolitisches Eldorado
III. Widersprüchliche Ausgangslage
C. Tierwürde und Tierversuche
I. Tierversuchsrecht in der Schweiz
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen
2. Tierschutzgesetz und -verordnung
3. Gentechnikrecht, USG und PatG
II. Kerngehalt der Tierwürde
III. Kriterien der Güterabwägung?
1. Zur Gewichtung der Tierwürde-Aspekte
2. Zur Gewichtung der Forschungsinteressen
3. Wunsch nach Objektivität und Messbarkeit
D. Kleine Dialektik der Tierwürde (Exkurs)
I. Zwiespältige Mensch-Tier-Beziehung
II. Die goldene Regel und die Tierwürde
III. Tierwürde als stete Herausforderung
E. Folgerungen für die Praxis
I. Tierschutzpolitische Innovationen
II. Verbleibende Rechtsunsicherheit
III. Alternativmethoden als Ausweg

A. Zusammenfassung

Die Tierwürde gilt in der Schweiz als allgemeiner Verfassungsgrundsatz und ist in der gesamten Rechtsordnung zu beachten. Sie steht im Spannungsverhältnis zur Wissenschaftsfreiheit in der biomedizinischen Forschung. Dahinter wirken mächtige Widersprüche im menschlichen Streben nach Gesundheit und zugleich nach einer konsistenten Bioethik (B). Das geltende Recht lässt im konkreten Einzelfall zu, die Tierwürde bei Tierversuchen zu missachten. In Frage stehen damit der Kerngehalt der Tierwürde und das Gewicht der tierlichen Rechtsgüter in der Güterabwägung (C). Wissenschaftliche Objektivität und die Logik allein helfen für Antworten hierzu nicht weiter, es bedarf vielmehr auch einer höchstpersönlichen Auseinandersetzung mit dem eigenen menschlichen Dasein (D). Der Mensch bleibt indes ein Widerspruchs-Wesen und folgerichtig belässt die Praxis systembedingte Rechtsunsicherheit bei Tierversuchen. Wo Alternativmethoden heute noch keinen Ausweg weisen, wird uns die Tierwürde im Recht weiterhin herausfordern (E).

B. Zur Tierwürde im Recht: Einleitung

I. Eingang der Tierwürde ins Recht

Im Zuge der neuen Möglichkeiten von Fortpflanzungs-Medizin und Gentechnik seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts regten sich zunehmend Besorgnisse in der Bevölkerung über allfällige Missbräuche dieser neuen Machtinstrumente. Unschwer war zu erkennen, dass damit in einem bisher nicht möglich gewesenen Ausmass in die Entwicklung des menschlichen Embryos eingegriffen werden kann – was dann mit der Geburt von Louise Brown in Grossbritannien im Jahr 1978 der Weltöffentlichkeit auch augenscheinlich präsentiert worden ist.

Das erste «Retortenbaby» der Welt, ein in-vitro, also im Reagenzglas gezeugtes Kind, löste in der Schweiz Bemühungen aus, die Anwendung der neuen Techniken gesetzlich zu regeln. Die Zeitschrift «Der Schweizerische Beobachter» lancierte 1987 eine eidgenössische Volksinitiative zum Schutz (nur) des Menschen vor Missbräuchen der Fortpflanzungs- und Gentechnologie. Der Bundesrat nahm den Ball auf und liess durch seine Expertenkommission einen direkten Gegenvorschlag in Form eines eigenen neuen Artikels für die Bundesverfassung erarbeiten. Dabei bezog er auch den

Der Autor ist Co-Präsident der Stiftung Animalfree Research (www.animalfree-research.org) und führt hauptberuflich eine eigene Kanzlei für Advokatur und Mediation in Zürich (www.swisscounsels.ch).

Personalverleih: unscharfe Grenzen

Christian Drechsler
lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht

I. Einführung
II. Abgrenzungen
A. Begriffe
B. Auftragsrecht und (bewilligungsfreier) Personalverleih
1. Abgrenzungskriterien
2. Konsequenzen
C. Bewilligungsfreier und bewilligungspflichtiger Personalverleih
1. Abgrenzungskriterien
2. Konsequenzen
D. Praxis
III. Ursachen und Lösungsansätze
A. Ursachen für Unklarheiten
1. Regelung der Thematik im Gesetz
2. Rechtliche Eigenschaften der Bewilligung und Umgang damit in der Praxis
3. Abgrenzungskriterien in der Verordnung
4. SECO-Weisungen
B. Lösungsansätze
1. Gesetzesauslegung
2. Änderung der geltenden Rechts
3. Negative Feststellungsverfügungen
IV. Zusammenfassung und Kritik

I. Einführung

In der vertragsrechtlichen Beratung wird man immer wieder mit Fragen zum Personalverleih konfrontiert. Dabei geht es meist um Abgrenzungsfragen: 1. Wo verläuft die Grenze zwischen Auftragsrecht und bewilligungsfreiem Personalverleih (gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmern)? 2. Wo verläuft die Grenze zwischen bewilligungsfreiem und bewilligungspflichtigem Personalverleih? Diese Abgrenzungen sind wichtig, weil sie die Formfreiheit des Obligationenrechts von der Formstrenge des Personalverleihrechts trennen, und – vor allem – weil hier eine Trennlinie zwischen Zivil- und Strafrecht verläuft. Es ist nicht zu übersehen, dass hier Rechtsunsicherheit und entsprechend eine gewisse Verunsicherung im Unternehmensalltag besteht.

Der vorliegende Aufsatz versucht einerseits, das geltende Recht zu rekapitulieren: Wo verlaufen die genannten Grenzen, was hat es für rechtliche Konsequenzen, wenn man sie überschreitet, und worauf muss man in der Praxis achten (II.)? Andererseits wird versucht, Lösungsansätze zu skizzieren, wie mehr Klarheit in dieses Thema gebracht werden könnte (III.). Dabei wird grundsätzlich die gleiche Stossrichtung verfolgt wie in dem vor kurzem an dieser Stelle erschienenen Aufsatz von Christoph Senti[1]. Auch Christoph Senti ist offenbar zum Ergebnis gelangt, dass hier Klärungsbedarf besteht, und er postuliert einen zurückhaltenden Umgang mit der Anwendbarkeit der Personalverleihgesetzgebung bzw. ihrer Bewilligungspflicht beschränkt auf Fälle, wo ein (echtes) Arbeitnehmerschutzbedürfnis besteht[2]. Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes wird versucht, dieses Postulat über die genannten Beispiele untypischen Personalverleihs hinaus zu verallgemeinern[3].

II. Abgrenzungen[4]

A. Begriffe

Der Personalverleih ist im Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz,

---

1 Christoph Senti, Untypischer Personalverleih, AJP/PJA 12/2008, 1498 ff.

2 Senti (FN 1), 1501 und 1504.

3 Der Aufsatz von Christoph Senti ist im Übrigen – soweit ersichtlich – der einzige aktuelle Beitrag zu diesem Thema. Angesichts der Praxisrelevanz des Themas ist es erstaunlich, dass es neben den Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft («SECO»), die *das* Referenznachschlagewerk in diesem Rechtsgebiet sind, nicht mehr aktuelle Literatur von Praktikern aus der Privatwirtschaft dazu gibt.

4 Nach der Erläuterung der einschlägigen Begriffe (s. sogleich II.A.) wird nachstehend zunächst (s. II.B.) die Abgrenzung zwischen Auftragsrecht und Personalverleih untersucht. Dabei wird diese Grenze gleichgesetzt mit der Grenze zwischen

Besteht eine Darlegungspflicht des angegriffenen Frachtführers beim Verschuldensnachweis?

Betrachtungen zum internationalen und schweizerischen Frachtrecht

Reto Sutter
lic. iur., Rechtsanwalt,
dipl. Steuerexperte und
Mediator SAV, Zürich

Inhaltsübersicht

A. Einführung
B. Gesetzliche Grundlagen der Haftung des CMR-Frachtführers
C. Der Entlastungsbeweis
D. Vom Nachweis des groben Verschuldens
I. Problematik
II. Deutsche prozessrechtliche Regelung
III. Rechtsgeschäftliche Möglichkeit der Informationsbeschaffung vom Frachtführer
IV. Prozessuale Möglichkeit
E. Fazit

A. Einführung

Kommt es bei einem Warentransport zu einem Verlust oder zur Beschädigung des Frachtguts, entsteht zwischen dem geschädigten Absender oder Empfänger und dem Frachtführer nicht selten Streit darüber, ob der Frachtführer den Schaden, und wenn ja, in welcher Höhe zu ersetzen habe.

Oft sind vom Frachtführer nur sehr wenige Informationen zum Schadenhergang und seinen Massnahmen zur Schadenvermeidung erhältlich zu machen, nicht zuletzt auch dann, wenn er für die physische Warenbewegung einen oder mehrere Unterfrachtführer eingesetzt hat. Zwar kann es sich bei grösseren Schadenssummen lohnen, einen spezialisierten Havariekommissar (Surveyor) einzusetzen. Allerdings kann auch dieser nicht immer den Schadenhergang und die Massnahmen und Unterlassungen des Frachtführers aufklären. Oft kann der Surveyor dann zwar aufgrund seiner Erfahrungen nachvollziehbare Vermutungen anstellen, allerdings reichen diese regelmässig nicht aus, um die notwendige Gewissheit über den Sachverhalt zu erlangen. Der Geschädigte sieht sich dann vor dem Problem, nicht genau zu wissen, ob er eine Schadenersatzforderung gegen den Frachtführer durchzusetzen vermag und wie er gegebenenfalls den prozessualen Anforderungen an die Darstellung und den Beweis des Sachverhalts genügen kann.

B. Gesetzliche Grundlagen der Haftung des CMR-Frachtführers

Auf die internationale, entgeltliche Beförderung von Gütern auf der Strasse mittels Fahrzeugen ist das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr[1] (CMR) anwendbar.[2]

Die CMR enthält keine umfassende, abschliessende Regelung des internationalen Rechts betreffend den Transport von Gütern auf der Strasse, sondern ist bewusst lückenhaft konzipiert und beschränkt sich auf die Regelung einzelner, praktisch wichtiger Fragekreise.[3] Zu diesen praktisch wichtigen Fragekreisen gehört speziell die Haftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigung des Frachtguts.[4]

Wo die CMR keine Regelung enthält, kommt ergänzend das nationale Recht zur Anwendung.[5]

Soweit ein Sachverhalt unter die Bestimmungen der CMR fällt, sind diese zwingend und unabdingbar.[6] Somit sind im Besonderen die Bestimmungen der CMR über die Haftung des Frachtführers[7] zwingend.[8]

---

1 CMR, SR 0.741.611.

2 Art. 1 Ziff. 1 CMR. Für den nationalen Frachtführer nach Art. 440 OR gelten die Haftungsregeln nach Art. 447 f. OR.

3 Rolf Herber/Henning Piper, CMR, Internationales Strassentransportrecht, Kommentar, München 1996, Vor Art. 1 N 15 CMR; Ingo Koller, Transportrecht, 6. A., München 2007, Vor Art. 1 N 5 CMR; Karl-Heinz Thume, in: Fritz Fremuth/Karl-Heinz Thume (Hrsg.), Kommentar zum Transportrecht, Heidelberg 2000, Vor Art. 1 N 9 CMR.

4 Art. 17 ff. CMR; Herber/Piper (FN 3), Vor Art. 1 N 15 CMR.

5 Thume (FN 3), Vor Art. 1 N 9 ff. CMR; Herber/Piper (FN 3), Vor Art. 1 N 18 ff. CMR; BGE 127 III 365 E. 3a; BGE 107 II 238 E. 2.

6 Art. 41 CMR; Ausnahme Art. 37 und 38 betreffend Rückgriffsordnung unter mehreren Frachtführern; Thume (FN 3), Vor Art. 1 N 10 CMR.

7 Art. 17 ff. CMR.

8 Reinhard Th. Schmid, in: Karl-Heinz Thume (Hrsg.), Kommentar zum CMR, 2. A., Frankfurt a.M. 2007, Art. 41 N 1 f. CMR; Thomas Probst, Die Haftung des Frachtführers bei